geschäft mit einer Frau von hohem Adel zu verhandeln hat, immer auf die Zuziehung eines Geschlechtsvormundes dringen, insoweit nämlich eine solche Frau, wäre sie nicht von hohem Adel, eines solchen Vormundes gesetzlich bedürfen würde [18]). Nach Aufhebung der deutschen Reichsverfassung sind, wenigstens bis jetzt, keine andern Grundsätze gesetzlich aufgestellt worden, und mithin steht auch in dieser Hinsicht der Anwendung obiger Principien nichts im Wege.

XVII.

Wann darf der Richter die illiquide except. compensationis zur besondern Ausführung verweisen?

Von dem
Hofgerichtsadvocaten K. L. Reh, zu Darmstadt,
mit einem Zusatz von Gensler.

Es ist eine bestrittene und doch so häufig zu entscheidende Rechtsfrage: „ob die einer liquiden Forderung entgegengesetzte illiquide Einrede der Gegenrechnung von dem Richter zur separaten Ausführung zu verweisen sey, oder ob der Opponent verlangen könne, zu deren Beweis gelassen zu werden?“

Sie entscheidet sich durch die einfachen Regeln:

1) in dem ordentlichen Proceß darf die am gehörigen Ort *) vorgetragene illiquide exceptio compensatio-

18) Das sächs. Recht z. B. unterscheidet gerichtliche und außergerichtliche Geschäfte, verheirathete und ledige Weibspersonen u. s. w. Vergl. Hellfeld, in jurisprud. for. 1395. Schweitzer, in dem Lehrb. des sächs. bürgerl. Processes. §. 33. S. 65. nr. 2. ibi all.

*) D. h. der bejahenden oder verneinenden, oder gemischten, Einlassung auf die Klage sofort angehängt. Als proceßverhindernd vorgeschützt bedarf sie deshalb, wie alle ihre pe-

nis zur besondern Ausführung keineswegs verwiesen werden, sondern es kann vielmehr deren Opponent verlangen, auch mit dem sogenannten langsamen Beweise derselben selbst dann zugelassen zu werden, wenn gleich derselbe den Grund der Klage einräumte, oder diese zur Zeit des ersten Bekenntnisses als bereits vollbewiesen vorliegt.

2) in denjenigen summarischen Proceßarten aber, in welchen eine durch schleunigen Beweis hergestellte Liquidität die Bedingung der Wirksamkeit der Einrede ist, wie z. B. im Executivproceß, wird derselbe, ist sie illiquid, ad separatum verwiesen.

Wir haben ad 1. den allgemeinen teutschgesetzlichen Grundsatz: daß sich der Beklagte im ordentlichen Proceß durch alle zerstörliche Einreden schützen kann und zu deren Beweis gelassen werden muß, hat er sie nur der Einlassung auf die Klage angefügt [1]), und sind sie factisch begründet.

Soll nun von dieser Regel die Einrede der Compensation allein eine Ausnahme machen, so müßte hiezu entweder

A) in der Natur der exc. comp. ein Grund vorliegen; oder es müßte

B) in den Gesetzen die behauptete Ausnahme begründet seyn.

---

remtorischen Mitschwestern, des schleunigen Beweises. Archiv f. d. civil Praxis. B. 1. nr. XXXII. S. 455. Als noviter reperta oder noviter emergens tritt sie ebenfalls unter die Principien von dem Gebrauch der gemeinen zerstörenden Einreden. R. A. v. J. 1654. §. 78.

1) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 37 u. 48 f. Sieber in dem gerichtl. Proc. §. 680. Danz in den Grundf. des ordentl. Proc. §. 192. Martin, in dem Lehrb. des gem. teutsch-bürgerl. Proc. §. 163. ibi all. Archiv B. I. Heft III. S. 346. f.

Das Erstere läßt sich von keiner Seite auffinden, und das Letztere aus keinem Gesetz rechtfertigen.

Es äußert ad A. die illiquide-Einrede der Compensation durchaus keine andern Folgen auf die Lage des Rechtsstreits, als die eines weitern Beweises bedürfende Einrede der Zahlung, Verjährung u. s. w. Auf jene, wie auf diese, kann replicirt und duplicirt, auf Beweis interloquirt, der Beweis angetreten und geführt, und zu seiner Zeit in einem endlichen Erkenntniß über Klage und Einrede zugleich entschieden werden.

Dort wie hier geht der Proceß seinen ordentlichen Gang; hier wie dort wird die Execution der Forderung des Klägers durch das Verhandeln der Einrede aufgehalten und bei jeder peremtorischen Einrede ist es möglich, daß deren Beweis nicht erbracht werde, und also am Ende juristisch sich herauswerfe, sie sey grundlos vorgeschützt worden.

Mithin liegt ein irregulairer, sie zurückstoßender, andern peremtorischen Einreden sie nachsetzender, Charakter durchaus nicht in jener Einrede [2]; ja man könnte sogar umgekehrt behaupten, daß sie eigentlich mehr Gunst verdiene, als manche ihrer Mitschwestern, indem der Beklagte, welcher sie vorschützte und damit zur separaten Ausführung verwiesen wird, hierdurch in besonders bedeutende Nachtheile versetzt werden kann. Es folgt dies aus dem gesetzlichen [2a] Grundsatze: daß sich die an sich statt findliche Compensation realisirt [3], daß also dann, wenn die wirklich eingetretene Compensation aus dem vorliegenden Rechtsstreit verwiesen wird, dennoch die bereits eingetretene gegenseitige Erlöschung der Forderungen stehen bleibt, folglich der Beklagte zur Zahlung eines indebiti verurtheilt wird, und

---

2) Davon ist, wie schon Note * erwähnt, hier nicht die Rede, wenn sie zur Verhinderung des Processes vorgeschützt wird.

2a) L. 4. et 14. pr. Cod. 4. 31.

3) Thibaut, Pand. System §. 997.

dieser nun den Kläger nicht mehr blos aus dem Fundament, welches seiner Einrede unterlag, sondern hauptsächlich der conditio indebiti sich bedienen muß. Zu welchen Inconvenienzen und Rechtsschwierigkeiten dieses führen könne, bedarf keiner weitern Ausführung.

Doch es soll ad B. das Hülfsrecht und dessen Aeußerung, „es sey hart, gegen den Kläger die illiquide Einrede der Compensation zu beachten," eine gesetzliche Ausnahme begründen. Man beziehet sich dabei auf L. 14. Cod. 4. 31. und auf §. 30. Inst. 4. 6. Allein mit diesen blos subsidiarischen Gesetzen kann des teutschen Richters Befugniß, jene Einrede zurückzuweisen, keinesweges begründet werden [4]). Die erste Stelle, auf welche man das meiste Gewicht legt [5]), lautet also:

> Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit *judici* facilem exitum sui praestare. — Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam pene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque *judices* observent, et non procliviones ad admittendas compensationes existant, nec molli animo eas succipiant; sed jure stricto utentes, si invenerint, eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam, jam pene expeditam, sententia terminali componant.

Wenn man aber

1) erwägt, daß sich dieses Rescript Justinians, und eben so §. 30. Inst. cit., welcher ohnehin nur von dem de-

---

4) Vergl. Thibaut, l. c. mit Höpfner §. 579. not. 4. Weber, in den Beitr. zu der Lehre von Klagen u. Einr. St. 1. Abh. 6. S. 61 f.

5) J. B. Hufeland, Lehrb. §. 616.

posito spricht, und höchstens eine Singularität rechtfertigen könnte, auf eigenthümliche römische Proceßformen, namentlich darauf beziehet, daß in stricti juris negatis die Einreden schon vor dem Prätor nothwendig vorgeschützt werden mußten und unerlaubt war, solche vor dem judex pedaneus nachzutragen [6]), so gibt jene Constitution für unsern Fall gar keine Entscheidung. Sie redet vielmehr von dem Fall, wo die exc. comp. bei einem stricti juris negotio vor dem Prätor nicht vorgetragen worden war, sondern vor dem judex pedaneus nachgetragen werden sollte, und giebt nun diesem die Weisung: „daß er den Beklagten nur dann mit jener Ausflucht noch hören solle, si causa, ex qua compensatur, liquida sit et non multibus ambagibus innodata etc. Es ist mithin

2) nicht von dem Fall dort die Rede, wenn jene Einrede am gehörigen Orte vorgeschützt worden war; wie auch der ganze obige Inhalt der constitutio zeigt; sondern von einer lis pristina, jam pene expedita, wo die Forderung des Klägers jam fuerit approbata, (wo also schon das Beweisverfahren beendigt war), mithin schon auf dem Endspruche stand. Dieser (sententia terminalis) soll nun nicht mehr durch die verspätete Einrede der Compensation aufgehalten, vielmehr, unter deren Verweisung zu separater Ausführung (eas quidem alii judicio reservent), das den Beklagten verurtheilende Erkenntniß ohne weitern Verzug, ohne Rückschritt auf den Anfang des Processes, ausgesprochen werden.

Auf jeden Fall aber ist der römische Proceßgang nicht der teutschrechtliche. In diesem haben alle Einreden ihre bestimmte Stelle angewiesen erhalten *); sind sie an die-

---

6) Noodt, probabilia, C. 2. §. 9. Id. de jurisdict. L. 1. c. ult.

*) Nach dem Zweck und Sinn des R. A. v. J. 1654. §. 37. auch die sogenannten privilegirten. Gönner, in dem Handbuch. B. 2. Abh. 33. §. 11. S. 194. f.

ser legalen Stelle vorgetragen, begründet und erheblich, so müssen sie beachtet und zu dem Beweis zugelassen werden, und zwar zu dem langsamen Beweis, insoweit ihr Zweck, wie bei den proceßverhindernden Einreden, oder die Proceßart keine Ausnahme begründet.

In Rücksicht ad B. kann man die allgemeine Regel stellen: „ist die Klage mit schleunigen Beweis bedingt, so ist es auch jede peremtorische Einrede, die exceptio solutionis, praescriptionis rel. eben sowohl, als die exceptio compensationis, und muß also, fehlt jener Beweis, bleibt sie auch bis zum ersten Decisiverkenntniß in der Sache illiquid, zur besondern Ausführung verwiesen werden [7].

Zusatz von Gensler.

Es verdient hierbei auch die in den Heidelberger Rechtsgutachten und Entscheidungen [8]) ausgeführte Mittelmeinung eine besondere Betrachtung. Man kann nicht bezweifeln, daß dasjenige, was die Compensation begründen soll, mit der gegenüberstehenden Forderung gleicher Art seyn [9]), und daß

---

7) Der unbedingte Mandatsproceß, der Executiv= und Wechselproceß, treten hier hauptsächlich und fast ausschließlich hervor, insofern man von blos provisorischen Verfügungen und solchen Rechtssachen absiehet, in welchen das Gemeinwohl Eile gebietet. Nicht aber in dem ordentlichen summarischen Proceß (in dem unbestimmten, irregulären) findet das Verwerfen einer zerstörenden illiquiden Einrede ad separatum Statt. Denn hier kommen die materiellen Principien des feierlichen Processes zur Anwendung. Grolman in der Theorie des gerichtl. Verf. in bürg. Rechtsstr. §. 227. nr. 2. Danz, in den Grunds. der summ. Proc. §. 8. ad 1806. Gönner in dem Handb. des teutsch. gem. Proc. B. IV. Abth. 81. §. 12. S. 35. f.

8) Von Martin herausgegeben 1808. nr. V. S. 272. ff.

9) Thibaut, a. a. O. §. 997. ibi leg.

die auf jene gegründete Einrede überdies eben so factisch gehörig begründet seyn muß, wie solches eine Klage erfordert [10]). Allein einsehen läßt sich nicht, warum nicht im ordentlichen Proceß einer Geldforderung eine solche Geldforderung compensando gegenübergestellt werden dürfe, deren Quantum erst durch Berechnung gefunden werden muß. So wie es actiones generales giebt, deren Gesuch nicht gleich bestimmt seyn kann [11]), so giebt es eben so gewiß dergleichen peremtorische Einreden. In Ansehung dieser ist der Beklagte dem Kläger gleich [12]), und dieser kann nicht stärker berechtiget seyn, als jener [13]). Wenn der Beklagte von dem Kläger Rechnung fordern darf, so ist es nicht dieses factum, womit er compensiren will, sondern das Resultat, das Product, der Rechnung ist es; und wenn dieses Resultat mit der geklagten Forderung einerlei Art ist, Geld gegen Geld, so ist die gesetzliche Bedingung der Compensation vorhanden. Daß der Beweis der Einrede weitschichtiger wird, daß vielleicht eine besondere Liquidationsinstanz, ein Rechnungsproceß, hinter der Definitive entstehet, kann nichts ändern. Denn dieses kann auch in dem Proceß der Klage der Fall seyn [14]). Das Resultat einer dem Kläger obliegenden Rechnung kann der Beklagte bei dem Vorschützen der Einrede nicht angeben; es ist genug, wenn er sie mit denjenigen Thatsachen begründet, aus deren Wahrheit des Klägres Zwangspflicht zur Ablegung einer Rechnung hervorgehet. Auch darf eine gute Gesetzgebung

---

10) Martin, in dem Lehrb. des teutsch. bürgerl. Processes. §. 147. Danz in den Grundsf. des ordentl. Proc. §. 194.

11) Danz, a. a. O. §. 73. mit Note b) ibi all.

12) L. 1. Dig. 44. 1.

13) L. 41. Dig. 50. 17.

14) Martin, a. a. O. §. 255.

nicht wollen, daß ein zur Ablegung jener Rechnung verbundener, in mora befindlicher, Kläger seinen Gegner zur Zahlung nöthigen und fordern könne, „man solle den die Rechnung verlangenden Beklagten damit ad separatum verweisen.

XVIII.

Beitrag zu der Lehre vom qualificirten Geständniß, im Gegensatz des einfachen. Dabei Beweis, daß dem Beklagten obliege, zu beweisen, der Vertrag sey unter Bedingung geschlossen.

Von
Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde.

Wenn die neuern Rechtsgelehrten lehren, es komme in dieser Materie darauf an, zu erforschen, was zur Begründung der Klage, Einrede u. s. w. gehöre, ob nämlich dieses durch das qualificirte Geständniß zum Theil bestritten — oder ob es gänzlich zugestanden und durch die Behauptung, wodurch das Geständniß beschränkt wird, die an sich gegründete Klage, Einrede u. s. w. zerstört werden soll; — so war dies im Grunde auch schon die Meinung der ältern Rechtsgelehrten. Auch sie nahmen Rücksicht darauf, ob das qualificirte Geständniß von der Art sey, daß eine Verneinung des Grundes der Klage, Einrede u. s. w. darin enthalten, oder ob die Limitation eine Einrede u. s. w. von Seiten desjenigen, der das qualificirte Geständniß ablegt, involvire. Im ersten Fall oder wenn, nach ihnen, das Geständniß und die angehängte Limitation aus *capitibus connexis* bestand, fanden sie, daß durch das Geständniß der Kläger u. s. w. vom Beweise nicht befreit sey, während sie im letztern Fall oder, wenn das qualificirte

geschehene Geständniß, antwortend oder selbst behauptend [3]), unter der Rubrik einer Einrede [4]), oder in der Form eines Beweisartikels, muß ein Geständniß seyn und bleiben und dessen Wirkung haben [5]). Es bedarf keiner Acceptation und kann von der freiwillig selbstgeständigen Partei ohne Beweis eines Irrthums nicht revocirt werden. Ist ein solches Geständniß qualificirt, so ist es als solches zu beurtheilen [6]). Dieses möchte in dem obigen Fall eintreten, und daher die obige Entscheidung dennoch als richtig bestehen. Von einer bessern Antwort kann hier die Rede nicht seyn.

Gensler.

---

3) Gegenseitige identische Behauptungen produciren die Harmonie.

4) Archiv, a. a. O. S. 45.

5) Nimis enim indignum judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id *in eundem casum* infirmare. L. 13. in f. Cod. 4. 30. Cap. 10. X. 2. 19.

6) Archiv, a. a. O. S. 45. a. E. d. Not. ***.

Druckfehler.

im ersten und zweiten Hefte des zweiten Bandes.

S. 85. Z. 20. st. Antiquitäten l. Ambiguitäten.
— 159. Z. 21. st. der Einlassung l. die Einlassung.
— — Z. 22. fehlt hinter Klage ein Comma.
— 163. (153) Z. 11. fehlen hinter Beweise die Worte: durch den Eid.
— 164. Z. 16. st. Anfang l. Antrag.
— 168. Z. 27. st. Betsch l. Welsch.
— 212. Z. 24. fehlen hinter Compensation die Worte: ipso jure.
— 213. Z. 2. fehlen hinter unterlag d. W. in Anspruch nehmen kann.